

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Órgano de Sustanciación:** IIPD
- **Expediente IIPD:** SCPM-IIPD-0033-2016
- **Expediente Apelación:** SCPM-IIPD-0033-2016-A-0007-2018-DS
- **Investigados:** PRONACA C.A.
- FABRICA JURIS CIA. LTDA.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 31 de mayo de 2018, a las 12H00. **VISTOS:** Ingeniero Christian Ruiz Ilinojosa, MA., en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado encargado, conforme se desprende de la acción de personal número SCPM-SGAF-DATH-360, de 6 de septiembre de 2017, cuya copia certificada consta agregada al expediente, en uso de mis facultades legales, estando el proceso para resolver dispongo: **PRIMERO.- INCORPORACIÓN DOCUMENTAL.-** Agréguese al expediente el escrito presentado por el operador económico PRONACA por intermedio de su patrocinador, de 11 de mayo de 2018, mediante el cual manifiesta no tener observaciones respecto de la Adhesión al Recurso de Apelación que se atiende. **SEGUNDO.- COMPETENCIA.-** En virtud de lo dispuesto en el artículo 44 numeral 2 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM), esta Autoridad es competente para conocer y resolver el Recurso de Apelación interpuesto. **TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL.-** La tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, no adolece de vicios de procedimiento ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal, por lo que esta Autoridad declara la validez del mismo. **CUARTO.- LEGALIDAD DEL RECURSO.-** El operador económico PROCESADORA NACIONAL DE ALIMENTOS PRONACA C.A., interpone Recurso de Apelación mediante escrito de 26 de febrero de 2018, impugnando el Informe Final de 25 de enero de 2018, emitido por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales; recurso de Apelación ha sido presentado dentro del término legal, cumpliendo así el principio de oportunidad establecido en el artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, que dice: *"(...) Recurso de Apelación o Jerárquico.- Los actos administrativos emitidos en virtud de la aplicación de esta Ley podrán ser elevados al Superintendente de Control del Poder de Mercado mediante recurso de apelación, que se presentará ante éste. También serán susceptibles de recurso de apelación actos administrativos en los que se niegue el recurso ordinario y horizontal de reposición. (...) El término para la interposición del recurso será de 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto administrativo recurrido. Transcurrido dicho término sin haberse interpuesto el recurso, el acto administrativo será firme para todos sus efectos. El recurso se concederá solo en el efecto devolutivo. (...) El*



plazo máximo para dictar y notificar la resolución será de 60 días calendario. (...) *Contra el acto o resolución que conceda o niegue el recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa*". **QUINTO.- ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO.-** El acto impugnado es el Informe Final de 25 de enero de 2018, emitido por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, mediante el cual recomienda la interposición de una multa pecuniaria y la imposición de medidas correctivas. **SEXTO.- ARGUMENTACION DEL RECURRENTE.-** El recurrente, operador económico PROCESADORA NACIONAL DE ALIMENTOS PRONACA C.A., interpone Recurso de Apelación mediante escrito de 26 de febrero de 2018, y principalmente alega: "(...) **PRESCRIBIÓ LA FACULTAD PARA INICIAR ESTA INVESTIGACIÓN POR PARTE DE LA HPD.** La Agencia de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria ("ARCSA": antes "INH") el 03 de enero de 2014 emitió un dictamen técnico ERRADO, mismo que dentro del presente expediente constituye según la HPD la piedra angular para el desarrollo de la investigación, (...) es decir que ya existió una investigación preliminar en enero de 2014 o antes sobre alimentos light ante esta HPD; es decir hace más de 3 años. Este expediente al no iniciarse hasta el 16 de septiembre de 2014 caducó la potestad para iniciar esta investigación de oficio (...) **DE LA INCOMPETENCIA DE LA HPD PARA CONOCER TEMAS QUE SON COMPETENCIA PRIVATIVA DE LOS JUECES DE CONTRAVENCIONES.** Conforme al ordenamiento jurídico vigente en Ecuador, la única Autoridad competente para aplicar y velar por los derechos de los consumidores son los jueces de contravenciones de la Función Judicial conforme se desprende del Artículo primero de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor (...) Señor Presidente, aun cuando las dos leyes incluyen supuestos de competencia desleal, en el primer caso la LODC protege a los consumidores de actos que los perjudican de forma directa y sus implicaciones adicionales; en el segundo caso, la LORCPM requiere que "los actos de competencia desleal tengan un daño concurrencial y por ende afecten genéricamente a los consumidores por medio de una distorsión a la competencia, impidiendo el correcto funcionamiento del sistema competitivo, es decir que se afecta su bienestar por la restricción a la competencia". En cada caso son diferentes las autoridades competentes. dentro de presente expediente nunca se demostró los requisitos mínimos para que la HPD sea competente. (...) **DE LA INCOMPETENCIA POR LA HPD PARA CONOCER ASUNTOS QUE SON COMPETENCIA PRIVATIVA DE LA ARCSA.** (...) la SCPM es incompetente para conocer estos supuestos actos de competencia desleal incluyendo por publicidad engañosa, ya que es competencia privativa y exclusiva de la ARCSA y que la propia HPD lo ha reconocido así. A la SCPM y la LORCPM le aplican los principios del derecho penal en concordancia con la Disposición General Primera párrafo tercero de la LORCPM. Por ende, la HPD es incompetente para conocer y sancionar asuntos de registros sanitarios, ya que solo es competente la ARCSA (antes INH), más aún cuando dentro de su investigación no pudo establecer

directrices claras de investigación en ciertos temas técnicos como es el cumplimiento de parámetros light. (...) **ILEGAL MOTIVACIÓN PARA APERTURAR ESTE EXPEDIENTE.** (...) Ahora la HPD acusa a PRONACA haber incumplido el parámetro light de sus galletas, cuando inició investigación por SALCHICHAS DE PAVO LIGHT y SALCHICHAS LIGHT; mas no galletas. (...) El informe de resultados Nro. SCPM-HPD-DNIPD-021-2017 la HPD que nos fue notificado dice que la formulación de cargos es por galletas, que nunca se realizó dentro del presente expediente SCPM-HPD-2016-033; por ende esto constituye una nulidad absoluta insubsanable en vista de la preclusión de la etapa procesal de intentar cambiar el producto relevante. (...) **PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD Y LEGITIMIDAD DEL REGISTRO SANITARIO DE LOS PRODUCTOS DE PRONACA** (...) En conclusión, los productos SALCHICHAS LIGHT con marca: "MR. POLLO" y "SALCHICHAS DE PAVO LIGHT con marca: "FRITZ" de PRONACA sí cumplieron con la normativa aplicable de light, por tanto no pudo existir actos desleales por parte de este operador económico. (...) Señor Superintendente, el oficio de la ARCSA omite de forma ilegal al 03 de enero de 2014, que no se debían realizar las respectivas modificaciones a las etiquetas de los productos light o dejar su venta, sino hasta el 29 de mayo de 2014 conforme está tipificado en la transitoria SEXTA del Acuerdo Ministerial No. 4522. Dentro de dicho plazo de hasta no mayor a 180 días -es decir hasta el 29 de mayo de 2014- PRONACA sí dejó de producir en el mercado TODOS SUS PRODUCTOS CON DENOMINACIÓN "LIGHT", tal como se demostró a lo largo del proceso. La HPD nunca preguntó hasta cuando se dejaron de producir los productos, razón por la cual se adjuntó certificaciones, correspondiente de que PRONACA dejó de producir las SALCHICHAS light hasta abril de 2014. (...) **PETICIÓN CONCRETA.** (...) resuelva cada una de las siguientes peticiones concretas y admita este recurso de apelación al acto administrativo dictado el 25 de enero del 2018 a las 14h15, dentro del procedimiento administrativo signado con No. SCPM-HPD-2016-033 por: 1. Incompetencia de la HPD en razón de lo materia - aceptada por la HPD- para conocer estas supuestas conductas desleales. 2. Prescripción y/o caducidad de la facultad de la HPD para realizar la investigación. 3. Declare la violación al derecho a la defensa de PRONACA; en vista que el objeto de la investigación en todo el expediente fue el supuesto incumplimiento de los parámetros para considerarse como light, mas no la "publicidad engañosa de los etiquetados" que el operador económico tampoco incumplió. De forma supletoria y sin por ello admitir las excepciones por falta de competencia y prescripción resuelva: 4. Declare la nulidad absoluta del acto administrativo recurrido por violar el principio motivación. 5. Declare la nulidad absoluta del acto administrativo recurrido por violar el principio los derechos fundamentales del recurrente o la tutela efectiva, defensa y seguridad jurídica, en virtud de no existir control de admisibilidad de la prueba y utilizar la HPD pruebas nulas. 6. Declare que PRONACA no produjo ni comercializó galletas light 7. Declare que PRONACA sí cumplió en sus registros

sanitarios y etiquetas con la normativa aplicable de ligero o light; por tanto no existió competencia desleal por actos de engaño, violación de norma y aprovechamiento del consumidor, ya que los productos materia de esta investigación como lo ratificó la ARCSA -Autoridad competente en la materia-, si fueran otorgados conforme la normativa aplicable como de forma errónea afirma la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales el registro sanitario y etiqueta otorgado por parte de la por lo que por esta autorización comercializó los productos de buena fe y si cumplió y cumple con el parámetro de light o ligero. 8. Declare que el vocablo "light" está castellanizado. 9. Se excluya de la presente investigación a mi representada, por cuanto no existen indicios ni pruebas que PRONACA cometió acto de competencia desleal en sus productos Salsichas light. (...)'. **SEPTIMO.- ADHESIÓN AL RECURSO DE APELACIÓN.** Mediante escrito de 14 de abril de 2018, el operador económico Juris Cía. Ltda., ha solicitado se le conceda la adhesión al recurso de apelación planteado por PRONACA S.A., argumentando principalmente, "(...) En efecto, para que la ARCSA afirme como en efecto hace en el Oficio con el cual se inicia el procedimiento, que la Composición de los productos y la idoneidad de los mismos para cumplir con los objetivos con que se anuncia su publicidad no cumplen con el parámetro "light" era necesario obligatoriamente analizar el producto, no la documentación o las etiquetas. En consecuencia y por cuanto abundantemente se ha demostrado que el análisis POST REGISTRO no existe y no se efectuó, se concluye que la afirmación contenida en el Oficio No. ARCSA-DE-2014-0022-0 de 03 de enero de 2014, carece absoluta y totalmente de respaldo. Ahora bien, una vez que se ha demostrado sin lugar a dudas que el análisis efectuado por la ARCSA fue un análisis documental, a través del cual no es posible determinar la composición de un producto que se estaba produciendo y comercializando, es necesario analizar desde que óptica un análisis documental podría ser fundamento para afirmar que el producto no cumple con el parámetro "light". Evidentemente, tal análisis solo puede hacerse acudiendo a la documentación con la cual la ARCSA contaba sobre el producto y esto es etiquetas y análisis presentados para la obtención de los registros sanitarios (...) **CUMPLIMIENTO DE NORMATIVA.** Los propios oficios mencionados en dentro del presente procedimiento y agregados al expediente han indicado que JAMON DE PAVO LIGHT no registró incumplimiento alguno y que DUPLA SANDUCHERA cumplió hasta el 29 de mayo de 2014, habiendo demostrado FABRICA JURIS CÍA. LTDA., que un día antes de esa fecha dejó de producir el producto, por lo que no inobservó norma alguna. Que la ARCSA indique que los productos objetos del presente recurso cumplieron a cabalidad en el primer caso; y en el segundo hasta el 29 de mayo de 2014, es debido a que FABRICA JURIS CÍA. LTDA., al producir sus productos e incluir en la etiqueta el término "light" no inobservó norma alguna ya que, la normativa así se lo permitía, de lo contrario la autoridad sanitaria no habría aprobado las etiquetas que forman parte del expediente del Registro Sanitario; ni concedido el Registro Sanitario. En este punto es necesario mencionar que FABRICA

JURIS CIA. LTDA., obtuvo a su favor los siguientes Registros Sanitarios. • DUPLA SANDUCHERA QUESO CHEDDAR "FLORALP" JAMON DE PAVO LIGHT con el registro sanitario No. 17521NQAN0609; fecha de inscripción es de 25 de junio de 2009 y con vigencia hasta 26 de junio de 2014. • JAMON DE PAVO LIGHT con el registro sanitario No. 102701NQAN0209 fecha de inscripción 6 de febrero de 2009 y fecha de vigencia 6 de febrero de 2014. En consecuencia, a través de actos administrativos válidos y que gozan de la presunción de legitimidad, FABRICA JURIS CIA. LTDA., obtuvo los registros sanitarios para producir y comercializar sus productos al amparo de la normativa vigente en la época de su obtención, así como para utilizar en el producto las etiquetas con las que se comercializó, las mismas que gozan de la aprobación de la autoridad, también a la luz de la normativa vigente. Por lo que tampoco se logra comprender en fundamento a que documentación la ARCSA expide su supuesto "dictamen técnico" en el que asevera que FABRICA JURIS CIA. LTDA., no cumple con el "parámetro light", si de la documentación que consta en el repositorio de la ARCSA se observa que mi representada contaba con los Registros Sanitarios y que como parte del expediente de los registros sanitarios mencionados, la autoridad aprobó las etiquetas correspondientes con la inclusión de la palabra "light" debiéndose advertir que necesariamente mi representada debió comercializar el producto con la etiqueta aprobada, la que no se puede entender como publicidad dado que los empaques y envolturas de los alimentos procesados industrialmente, son aprobados por las autoridades competentes. En efecto, como mi representada ha insistido a lo largo de todo el proceso, podía proceder como lo hizo, en razón de que la norma que obligó a incluir en la etiqueta la "declaración comparativa de nutrientes", esto es el Reglamento Sanitario de Etiquetado de Alimentos Procesados para el Consumo Humano, contenido en el Acuerdo 00004522 publicado en el Registro Oficial No. 134 de fecha 29/11/2013, entra en vigencia recién el 29 de mayo de 2014, por así habérlo dispuesto su Disposición Transitoria Sexta. En este punto quisiera recalcar que legalmente no es admisible aseverar que habrían un incumplimiento por parte de FABRICA JURIS CIA. LTDA., por no haber observado la Norma Técnica 1334-3 publicada en el Registro Oficial No. 481 de 30 de junio de 2011 como se sugiere en el informe final, puesto que como ya se alegó dicho norma fue oficializada con carácter de voluntaria y se tornó de obligatorio cumplimiento recién el 29 de mayo de 2014 por mandato del Reglamento Sanitario de Etiquetado de Alimentos Procesados. (Acuerdo 00004522), toda vez a efectos de cambiar una etiqueta, existe todo un proceso administrativo ante la autoridad sanitaria y luego de tal aprobación, un proceso físico, a efectos de poder imprimir las nuevas etiquetas, lo que conlleva la modificación de matrices para su impresión. (...) Sin embargo, debo indicar que si mi representada ha alegado violación al debido proceso no es debido a que el trámite haya continuado, sino que por los motivos que he expuesto, existe una evidente falta de motivación en las conclusiones a las que se ha ido arribando en las diferentes fases del proceso, siendo la motivación necesaria

para garantizar el debido proceso, conforme lo determina nuestra carta magna en su artículo 76, numeral 7), literal). (...) VI. FUNDAMENTACIÓN Y PETICIÓN. Solicito comedidamente se resuelva sobre las peticiones concretas y admita el recurso de apelación relativo al Informe SCPM-HPD-2016-033 y declare la nulidad total del mismo, toda vez que viola preceptos constitucionales (...) acepte nuestros argumentos dentro de este proceso de apelación presentado por PRONACA C.A., al cual nos adherimos, y no preste mérito a observaciones sin fundamento contenidas en el Informe final, absolviendo de esta manera a FABRICA JURIS CÍA. LTDA., por no haber incurrido en incumplimiento alguno. Por lo que, solicito se archive el presente proceso sancionatorio (...). OCTAVO.- CONSTANCIAS PROCESALES ANALIZADAS.- Atendiendo el Recurso de Apelación inepuesto por el recurrente y la correspondiente adhesión al mismo, se analizan las siguientes constancias procesales: a) Memorando SCPM-HPD-11-2016-M, de 02 de marzo de 2016, se informa del inicio de la etapa de barrido. b) Oficio No. ARCSA –DE-2014-022-O de 03 de enero de 2014, suscrito por la Mgs. Diana Alexandra Rodríguez Ávila, Directora Ejecutiva de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia. c) Oficio No. 006-2009-DINHT “LIP” RN, de 25 de junio de 2009. d) Informe de Barrido de 19 de diciembre de 2016, emitido por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, en el cual se recomienda, “(.) Recomendar a la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales avoque conocimiento y disponga el inicio de la investigación preliminar (...)” . e) Resolución de Inicio de Investigación Preliminar, de 19 de abril de 2016, expedida por la HPD, en la cual se dispone, “(...) Abrir seis investigaciones preliminares cuyos informes no podrán ser expedidos en más de 180 días término de conformidad con el artículo 56 del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, cuya materia u objeto de investigación corresponderá a los mercados relevantes que a la fecha se han detectado por parte de la Intendencia, a saber: galletas, lácteos, mermeladas, bebidas, embutidos, productos de confitería (...)” . f) Providencia de 28 de julio de 2016, expedida por la HPD, se dispone, “(...) PRIMERO.- El desglose del presente expediente SCPM-HPD-2016-006, en 12 expedientes de investigación preliminar adicionales para cada uno de los mercados relevantes determinados (galletas, lácteos, mermeladas, bebidas , embutidos, caramelos, cuminos, endulzantes, mariscos enlatados y congelados, postres, salsas, suplementos alimentarios), (...) El término de 180 días de duración para cada expediente se contabilizará desde el 19 de abril de 2016 a las 14h30 (...) QUINTO.- Investigar preliminarmente en los expedientes desglosados según la presente providencia, las presuntas comisiones de prácticas desleales de engaño, violación de norma y la prácticas agresivas de abuso, coacción e influencia indebida contra los consumidores, sin perjuicio que en el transcurso de las investigaciones se evidencia la existencia de otras prácticas desleales o responsables (...)” . g) Informe de Investigación Preliminar, de 19 de diciembre de 2016, emitido por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, en el cual

recomienda. "(...) Por las conclusiones anotadas anteriormente y por la documentación verificada y contundente que consta en el proceso y habiendo realizado el estudio de mercado, se ha podido verificar que los operadores económicos 1) DUPLA SANDUCHERA QUESO CHEDDAR "FLORALP" JAMON DE PAVO LIGHT; 2) JAMON DE PAVO LIGHT producidos por la FABRICA JURIS CIA LTDA (JURIS); 3) SALCHICHAS DE PAVO LIGHT; y, 4) SALCHICHAS LIGHT. (...) procedentes del operador económico PROCESADORA NACIONAL DE ALIMENTAL C.A. (PRONACA), han incurrido en actos de engaño, violación de norma y el aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor. esta Dirección recomienda que se dé inicio a la Investigación Formal, en contra de los operadores económicos antes mencionados (...)".

h) Providencia de 19 de diciembre de 2016, expedida por la IIPD, en la que se dispone, "(...) ordenar la notificación de la presente providencia junto con el referido informe, a los presuntos responsables la FABRICA JURIS CIA LTDA (JURIS) y PROCESADORA NACIONAL DE ALIMENTOS C.A. (PRONACA) (...)".

i) Resolución de Inicio de Investigación, de 27 de enero de 2017, expedida por la IIPD, mediante la cual se dispone, "PRIMERO.- Iniciar la investigación formal del expediente No. SCPM-IIPD-EXP-033-2016, por cuanto se presume; a) La existencia de prácticas de engaño de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 27 numeral 2 de la LORCPM; b) La existencia de la presunta prácticas desleal contemplada en el artículo 27 numeral 9 violación de norma y c) La existencia de la presunta prácticas desleal contemplada en el artículo 27 numeral 10 a) de la LORCPM aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor por parte del operador económico FABRICA JURIS CIA LTDA., (...)".

j) Informe de Resultados de la Investigación, de 26 de julio de 2017, suscrito por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, en el cual recomienda. "(...) Por las conclusiones anotadas anteriormente y por la documentación verificada y contundente que consta en el proceso y habiendo evidenciado indicios sobre el cometimiento de actos de engaño y aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor, conductas que afectarían negativamente al mercado, a la eficiencia económica y al bienestar de consumidores y usuarios, se concluye que presuntamente los operadores económicos FABRICA JURIS con sus productos DUPLA SANDUCHERA QUESO CHEDDAR "FLORALP" JAMON DE PAVO LIGHT y JAMON DE PAVO LIGHT y PROCESADORA NACIONAL DE ALIMENTOS PRONACA con sus productos SALCHICHAS DE PAVO LIGHT; y, SALCHICHAS LIGHT, han incurrido en actos de engaño y aprovechamiento, contempladas como prácticas desleales en los artículos 27 numerales 2 y 10 literal a), respectivamente de la LORCPM, por lo que esta Dirección recomienda que se acoja el presente informe. Adicionalmente, y toda vez que la información remitida por parte de la Agencia Nacional de Regulación, Control y Vigilancia Sanitaria, en la actualidad, no guarda relación a la información remitida en primera instancia, se recomienda poner en conocimiento de este particular a las

autoridades respectivas, a fin de que tomen las acciones pertinentes (...). k) Formulación de cargos de 26 de julio de 2017, el cual especifica, "(...) Emitir la presente formulación de cargos en contra de los operadores económicos, **FABRICA JURIS** y **PROCESADORA NACIONAL DE ALIMENTOS PRONACA**, por incurrir en actos de engaño y aprovechamiento, contempladas como prácticas desleales en los artículos 27 numerales 2 y 10 literal a), respectivamente de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) (...)". l) Escrito de explicaciones presentado por PRONACA de 18 de agosto de 2017. m) Escrito de explicaciones presentado por JURIS de 21 de agosto de 2017. n) Providencia de 22 de agosto de 2017, expedida por la IIPD, se dispone, "(...) por ser la fase procesal oportuna, se dispone la apertura de la etapa de prueba por el término de 60 días (...)". o) Providencia de 17 de noviembre de 2017, expedida por la IIPD, se dispone, "(...) Prorrogar el término probatorio que se encuentra discurriendo por treinta días adicionales (...)". p) Informe Final de Investigación, de 25 de Enero de 2018, suscrito por la Dirección Nacional de Investigación de Prácticas Desleales, en el cual señala una propuesta de sanciones y medidas correctivas para los operadores económicos PRONACA Y JURIS. **NOVENO. NORMATIVA APLICABLE.** Con los antecedentes de hecho es menester considerar la normativa aplicable; al respecto la **Constitución de la República del Ecuador** prevé: "**Art. 52.- Las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características. La ley establecerá los mecanismos de control de calidad y los procedimientos de defensa de los consumidores y consumidores; y las sanciones por vulneración de estos derechos, la reparación e indemnización por deficiencias, daños o mala calidad de bienes y servicios, y por la interrupción de los servicios públicos que no fuera ocasionada por caso fortuito o fuerza mayor**". "**Art. 66.- (...) 25. El derecho a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, con eficiencia, eficacia y buen trato, así como a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características (...)**"; "**Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. (...)**"; "**Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes. 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratado como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada. 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o**

autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (...) 5. En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora. (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...) b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. (...)”;

“Art. 168 - La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios (...) 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.”;

“Art. 169.- (...), harán efectivas las garantías del debido proceso (...)”;

“Art. 213.- Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. (...)”;

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalecerá sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica (...)”.

El Código Civil, determina, “Art. 32.- Se llama presunción la consecuencia que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestas las antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestas las antecedentes o circunstancias ”;

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (LORCPM) establece, “Art. 1.- Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado; la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control y regulación de las operaciones de concentración económica; y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.”;

“Art. 2.- Ámbito.- Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte”;

del territorio nacional, (...)”; “Art. 25.- Definición.- Se considera desleal a todo hecho, acto o práctica contrarios a los usos o costumbres honestos en el desarrollo de actividades económicas, incluyendo aquellas conductas realizadas en o a través de la actividad publicitaria. La expresión actividades económicas se entenderá en sentido amplio, que abarque actividades de comercio, profesionales, de servicio y otras. (...) La determinación de la existencia de una práctica desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización sino que se asume como cuasidelito de conformidad con el Código Civil. Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial, de acuerdo a lo establecido en esta Ley.(...)”; “Art. 27.- Prácticas Desleales - Entre otras, se consideran prácticas desleales, las siguientes: (...) 2.- Actos de engaño.- Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, inclusive por omisión, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud para el uso, calidad y cantidad, precio, condiciones de venta, procedencia geográfica y en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos, servicios, establecimientos o transacciones que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; o, inducir a error sobre los atributos que posee dicho operador, incluido todo aquello que representa su actividad empresarial. Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactas. La carga de acreditar la veracidad y exactitud de las afirmaciones en la publicidad corresponde a quien las haya comunicado en su calidad de anunciante. En particular, para la difusión de cualquier mensaje referido a características comprobables de un producto o servicio anunciado, el anunciante debe contar con las pruebas que sustenten la veracidad de dicho mensaje. (...) 10.- Prácticas agresivas de acoso, coacción e influencia indebida contra los consumidores.- Se consideran prácticas desleales, entre otras: a) El aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento del consumidor. b) El acoso por prácticas dirigidas al desgaste del consumidor. c) Dificultar la terminación del contrato por parte del usuario final al obligarlo a seguir largos y/o complicados procedimientos. d) Amenazar con acciones legales cuando no exista base para las mismas. e) La suscripción de contratos de adhesión que perjudiquen los derechos de los usuarios y consumidores, conforme manda la ley.”; “Art. 38.- Atribuciones.- La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, a través de sus órganos, ejercerá las siguientes atribuciones: (...) 2. Sustanciar los procedimientos en sede administrativa para la imposición de medidas y sanciones por incumplimiento de esta Ley. (...)”; “Art. 44.- Atribuciones del Superintendente.- Son atribuciones y deberes del Superintendente, además de los determinados en esta Ley. (...) 2. Conocer y resolver de forma motivada los recursos que se interpusieren respecto de actos o resoluciones conforme lo previsto por esta Ley y su Reglamento (...)”; “Art. 53.-

Inicio.- El procedimiento se iniciará de oficio, a solicitud de otro órgano de la Administración Pública, por denuncia formulada por el agraviado, o por cualquier persona natural o jurídica, pública o privada que demuestre un interés legítimo";

"Art. 70.- Prescripción de las facultades administrativas y de las sanciones.- La facultad de iniciar el proceso administrativo de oficio o a petición de parte al que se refiere esta Ley, prescribe en el plazo de cuatro años, computados desde el día en que se hubiere tenido conocimiento de la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que día en que hayan cesado. (...)";

DISPOSICIONES GENERALES.- Primera.- Jerarquía.- (...) En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables"

La normativa INEN 1334-3, del Rotulado de productos alimenticios para consumo humano., respecto a los requisitos para declaraciones nutricionales y declaraciones saludables, señala;

Art. 1. Objeto.

1.1 Esta norma establece los requisitos mínimos que deben cumplir los rótulos o etiquetas en los envases o empaques en que se expenden los productos alimenticios para consumo humano, en los cuales se hagan, de manera voluntaria, declaraciones de propiedades nutricionales y saludables.";

Art. 5.1.1. (...) Declaraciones de propiedades comparativas. Se permite declaraciones de propiedades comparativas, con sujeción a las siguientes condiciones y basándose en el alimento tal como se ofrece a la venta, teniendo en cuenta la preparación posterior requerida para su consumo de acuerdo con las instrucciones para su uso que se indica en la etiqueta: (...) e) la comparación debe basarse en una diferencia relativa de al menos 25% en el valor energético o contenido de nutrientes entre los alimentos comparados, excepto para los micronutrientes para los cuales sería aceptable una diferencia en el valor de (VDR Valor Diario Recomendado) del 10%, y una diferencia absoluta mínima en el valor energético o contenido de nutrientes equivalente a la cifra que se define como "de bajo contenido(...)";

Acuerdo No. 4522 con Registro Oficial No. 134, en la disposición transitoria sexta dice, "(...) Los representantes legales de los registros sanitarios de los alimentos procesados comercializados en el territorio nacional que presenten la palabra "light" en su etiqueta deberán declarar según lo previsto en el Art. 23 del presente Reglamento, la "Declaración de comparación de nutrientes", para la cual se deberá realizar la modificación del Registro Sanitario a la Agencia Nacional de Regulación Control y Vigilancia Sanitaria en un plazo no mayor a 180 días corridos a partir de la fecha de publicación en el Registro Oficial(...)".

NOVENO. ANÁLISIS FÁCTICO JURÍDICO DE LA PRETENSIÓN.- En primer término y respecto del acto impugnado tanto por PRONACA S.A., como por JURIS CIA LTDA., hay que manifestar que el informe final no constituye un acto administrativo, por cuanto no genera ninguna obligación directa o indirecta al administrado, por tanto se ha agotado su cumplimiento, por lo que no es de naturaleza impugnabile, constituye un acto de simple administración en la

sustanciación del proceso de investigación; así la doctrina respecto del acto administrativo, subdivide a las actuaciones de la administración, entre otros, en actos de simple administración o de mero trámite, que son aquellos que se ejecutan a fin de proseguir con la tramitación, es decir, los que no generan efecto directo sobre el administrado; y, los actos administrativos propiamente dichos, que constituyen la expresión jurídica de la voluntad de la administración, resuelven el tema principal, o incidental, generando un efecto directo sobre el administrado, imponiéndole un gravamen o liberándolo de este; al respecto el tratadista Patricio Secaira Durango en su obra "Curso Breve de Derecho Administrativo" dice: "(...) Es entonces siempre una declaración de voluntad que crea efectos jurídicos directos e inmediatos a terceros (...)"; de igual forma el tratadista Andrés Serra Rojas, en su obra "Derecho Administrativo, T.I. 9ª Ed.", manifiesta: "(...), una declaración de voluntad, de conocimiento y de juicio, unilateral, concreta y ejecutiva, que constituye una decisión ejecutoria, que emana de un sujeto; La Administración Pública, en el ejercicio de una potestad administrativa, que crea, reconoce, modifica, transmite o extingue una situación jurídica subjetiva (...)"; de lo expuesto y de la revisión del acto impugnado se desprende que el informe que hoy se recurre, no es un acto administrativo en estricto sentido, por su naturaleza es un acto de simple administración o de mero trámite, puesto que, por sí mismo no genera un efecto legal directo sobre los intervinientes en el proceso, no resuelve el tema principal, no impone medidas preventivas, correctivas o sancionatorias, aunque sí las siguiere, este acto de simple administración se expide para la prosecución del trámite. Empero de lo manifestado es preciso referirse al fondo del proceso de investigación, cuyo objeto son las presuntas prácticas desleales de engaño, y aprovechamiento de la debilidad o del desconocimiento de los consumidores, (Art. 27, numerales 2 y 10 de la LORCPM, de la revisión del expediente administrativo No. SCPM-IIPD-0033-2016, se desprende que inicia en fundamento al oficio No. ARCSA-DE-2014-0022-O de 03 de enero de 2014, el cual contenía como anexo un dictamen técnico sobre la composición de los productos, la idoneidad de ellos para cumplir con el objetivo que se anunciaba en su publicidad (alimento en referencia en el mercado y efecto light)", del cual se determinó que a criterio de la Agencia de Regulación y Control y Vigilancia Sanitaria, algunos productos no cumplían con el parámetro light, tal y como se ofertaban a la época, indicio suficiente para que la Superintendencia de Control de Mercado – SCPM– dentro de sus competencias, pueda instruir un procedimiento de investigación, esto de conformidad a lo manifestado en los Art. 38 y 53 de la LORCPM, amparado en la presunción de legalidad de la cual están investidos los documentos emitidos por autoridad competente, los cuales admiten prueba en contrario para demostrar que se emitieron contrarios a la norma, de conformidad a lo determinado en el Art. 32 del Código Civil, norma supletoria de conformidad a lo dispuesto en la Disposición General Primera de la LORCPM, con lo que se desvirtúa esta presunción, así lo refiere la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, hoy Corte

Nacional de Justicia, en su sentencia de 23 de febrero de 1994, al exponer, "(...) *Ahora bien el acto administrativo lleva en sí una presunción de legitimidad y que al administrado le toca demostrar que se dictó en disconformidad con el ordenamiento jurídico (...)*", en la especie del oficio No. ARCSA-DE-2014-0022-O, de 03 de enero de 2014, no se ha desvirtuado la presunción de legalidad, por lo que continua con esta condición. Continuando con el procedimiento de investigación, la IIPD y las partes procesales han agregado oficios emitidos por el ARSA del cual se desprende, en síntesis que: a) Que, el informe base para el inicio del proceso de investigación ha constituido una verificación documental. b) Que, el oficio No. ARCSA-DE-2014-0022-O, de 03 de enero de 2014 y su anexo, hasta la presente fecha gozan de presunción de legalidad y legitimidad. c) Que, dentro de la inspección llevada a cabo por el órgano de investigación, se ha establecido que no existe un informe que sustente el oficio de enero de 2014. d) Que, los operadores económicos Juris y Pronaca contaban con el Registro Sanitario para expender los productos materia de la investigación, es decir "dupla sandwichera queso cheddar FLORALP" y "jamón de pavo light" (JURIS), "salchichas de pavo light" y salchichas light" (PRONACA). e) Que, al momento del expendio de los productos materia de la investigación se encontraba en vigencia la normativa técnica INEN 1334-3, "Rotulado de productos alimenticios para consumo humano, respecto a los requisitos para declaraciones nutricionales y declaraciones saludables" y que en ella se establecía los requisitos mínimos que deben cumplir los rótulos o etiquetas en los envases o empaques en que se expenden los productos alimenticios para consumo humano, en los cuales se hagan de manera voluntaria, declaraciones de propiedades nutricionales y saludables, es decir la norma se tornaba en no obligatoria para los productores. f) Que, con fecha 29 de noviembre de 2013, se expide el Acuerdo No. 4522 con Registro Oficial No. 134, el que contiene el "Reglamento sanitario de etiquetado de alimentos procesados para el consumo humano", dentro del cual se determina que deberá insertarse en el etiquetado de los productos una "Declaración de comparación de nutrientes", lo cual implica la modificación del Registro Sanitario, para el efecto se concede un plazo no mayor a 180 días contados a partir de la fecha de publicación en el Registro Oficial. g) Que, los operadores económicos investigados, han manifestado que han retirado del mercado sus productos, antes de la obligatoriedad de lo dispuesta en el Acuerdo No. 4522, respecto de lo cual la IIPD no ha proporcionado elementos de prueba en contrario. Con todo lo anotado y analizando el presunto acto de engaño la LORCPM, en el Art 27 numeral 2, determina, "(...) *Se considera desleal toda conducta que tenga por objeto o como efecto, real o potencial, inducir a error al público, (...) en general, las ventajas, los atributos, beneficios o condiciones que corresponden a los productos. (...) que el operador económico que desarrolla tales actos pone a disposición en el mercado; (...). Configura acto de engaño la difusión en la publicidad de afirmaciones sobre productos o servicios que no fuesen veraces y exactos. (...)*", en este sentido, el "Compendio de doctrina y jurisprudencia Competencia Desleal", expedido por la

Superintendencia de Industrias y Comercio de la República de Colombia, por acto de engaño establece, "(...) conducta es desleal cuando se encuentre demostrado que un acto, por las circunstancias en que se realiza, es susceptible de inducir a error al consumidor, bien sea porque se difunden aseveraciones falsas o incorrectas que sean susceptibles de generar tal efecto en las personas a las que se dirige. (...) consiste en demostrar: • Que el accionado utilizó o difundió indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, que por las circunstancias en que fueron realizadas, pudieren inducir al público a error, sobre la naturaleza, el modo de fabricación, las características, la aptitud en el empleo o la cantidad de los productos: (...)"; entonces debemos entender que una práctica de engaño radica en la capacidad real o potencial de inducir a engaño al consumidor respecto de las cualidades, características, beneficios de tal o cual producto: por medio de la publicidad del mismo; en el proceso materia de investigación no se ha determinado que exista una publicidad a más del etiquetado, empero de que los productos se colocaron en percha, lo cual es un medio de llegar al consumidor, se puede establecer que este etiquetado se encontraba autorizado por la entidad competente, lo cual también recae respecto del literal a), numeral 10 del Art. 27 de la LORCPM, imputado a los investigados. En este sentido se toma imprescindible referir cual es el objeto de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como órgano ejecutor de la LORCPM, misma que en su artículo 1 establece, "(...) El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar el abuso de operadores económicos con poder de mercado: la prevención, prohibición y sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas, el control y regulación de las operaciones de concentración económica, y la prevención, prohibición y sanción de las prácticas desleales, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible." (el subrayado me pertenece); específicamente respecto de las prácticas desleales, el artículo 26 determina, "() Quedan prohibidos y serán sancionados en los términos de la presente Ley, los hechos, actos o prácticas desleales, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea la actividad económica en que se manifiesten, cundo impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, atenten contra la eficiencia económica, o el bienestar general o los derechos de los consumidores o usuarios." (el subrayado me pertenece); entonces, para que un acto constituya una práctica anticompetitiva, debe atentar contra un mercado eficiente, y tener la capacidad de afectar real o potencialmente a la cadena productiva, en uno o varios de sus eslabones: citando una vez más el "Compendio de doctrina y jurisprudencia Competencia Desleal", expedido por la Superintendencia de Industrias y Comercio de la República de Colombia, en este punto nos dice: "(...) no implica que en todos los casos en que se presente una eventual infracción a los derechos de propiedad industrial dicha infracción conlleve automáticamente la prosperidad de una acción por competencia desleal (...)". Sin embargo de que la UPD ha generado el proceso de investigación, ha

sido la misma ARCSA quien ha manifestado no tener soporte técnico respecto del oficio No. ARCSA-DE-2014-0022-O, de 03 de enero de 2014, lo cual no es imputable a los investigados; lo que sí ha sucedido durante la tramitación y a petición tanto de la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, como de los operadores económicos es que el ARCSA ha emitido los registros sanitarios correspondientes, y frente a la ausencia de elementos de sustento del ya referido oficio, se debe considerar lo manifestado el espíritu garantista y protector de la Constitución de la República del Ecuador, concordante con lo manifestado en la doctrina respecto de la aplicación del principio del “*undubio pro actione*”, que radica en la interpretación de la norma de la forma más favorable en este caso para el administrado, en este sentido el tratadista Eduardo García de Enterría, en su obra “El principio de interpretación más favorable al Administrado” expone, “(...) La Ley considera que los requisitos formales se instituyen para asegurar el acierto de las decisiones jurisdiccionales y su conformidad con la Justicia; no como obstáculos que hayan de ser superados para alcanzar la realización de la misma (...)”; así mismo la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, en el “Seminario Judicial de la Federación. Principios de Favorecimiento de la Acción (*pro actione*), de Subsanación de los Defectos Processales y de Conservación de las Actuaciones, Integrantes del Derecho Fundamental a la Tutela Judicial Efectiva, su Aplicación en el Proceso” ha argumentado, “(...) En aplicación de estos principios, inspirados en el artículo 17 de la Constitución Federal y en el diverso numeral 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que forman parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, los órganos judiciales están obligados: a interpretar las disposiciones procesales en el sentido más favorable para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, con el objeto de evitar la imposición de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma (...)”; lo que implica que, si existe una contradicción o duda en la norma, pues existen elementos que hacen imposible establecer irrefutablemente que los operadores económicos investigados, han incurrido en prácticas desleales, generando un daño real o potencial en el mercado, se debe aplicar la misma en el sentido más favorable a ellos, con el fin de no causar un perjuicio a causa de una presunción. Por todo lo expuesto, se enfatiza que la contradicción en la información emitida por el ARCSA, no es imputable a los operadores económicos ni al órgano de investigación, quien en base a la información proporcionada por el ARCSA, no ha logrado establecer fehacientemente el cometimiento de las prácticas desleales determinadas en el Art. 27 numerales 2 y 10 literal a) de la LORCPM, ni su efecto real o potencial en el mercado relevante determinado. **DECIMO RESOLUCIÓN.**– Por todas las consideraciones fácticas y legales, amparado en las disposiciones del artículo 44, numeral 2, artículo 65 y artículo 67 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad **RESUELVE: PRIMERO.- NEGAR** el Recurso de Apelación interpuesto por el operador económico PRONACA S.A. y la ADHESIÓN planteada por el operador económico JURIS CÍA LTDA., por cuanto el informe final emitido

por la Intendencia de Investigación de Prácticas Desleales, no es de naturaleza impugnabile. **SEGUNDO.- DE OFICIO** y en aplicación del principio del indubio pro administrado y en virtud de que la información emitida por el ARCSA, es contradictoria lo cual no es imputable a los operadores económicos, ni al órgano de investigación, se dispone el Archivo de la Investigación, para lo cual deberá notificarse a la Comisión de Resolución de Primera Instancia a efectos de que proceda con el archivo del procedimiento que se instruye en esa instancia. **TERCERO.-** Notifíquese a las partes procesales y al órgano de investigación y resolución. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**



Ing. Christian Ruiz Hinojosa, MA.

17 SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO (e) 2



Dra. Naraya Tobar
SECRETARIA AD-HOC